

Rafael Hinojosa Segovia
(Coordinador)

SISTEMAS DE SOLUCIÓN EXTRAJURISDICCIONAL DE CONFLICTOS

 Editorial universitaria
Ramón Areces

SISTEMAS DE SOLUCIÓN
EXTRAJURISDICCIONAL
DE CONFLICTOS

AUTORES:

RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA

Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid.

Abogado. Consejero de CUATRECASAS

Profesor de Arbitraje y solución extrajudicial de conflictos en el Instituto de Empresa

MERCEDES COSTA GARCÍA

Profesora de Negociación en el Instituto de Empresa

Directora del Centro de Negociación y Mediación del Instituto de Empresa

IGNACIO CUBILLO LÓPEZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid

MARÍA PILAR GALEOTE MUÑOZ

Profesora de Negociación en el Instituto de Empresa


Subdirectora del Centro de Negociación y Mediación del Instituto de Empresa

NURIA P. GARCÍA PIÑEIRO

Profesora Doctora de Derecho Laboral de la Universidad Complutense de Madrid

RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA
(Coordinador)

SISTEMAS DE SOLUCIÓN
EXTRAJURISDICCIONAL
DE CONFLICTOS

 Editorial universitaria
Ramón Areces

Reservados todos los derechos.

Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito de Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A.

© EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES, S. A.

Tomás Bretón, 21 – 28045 Madrid

Teléfono: 915.398.659

Fax: 914.681.952

Correo: cerasa@cerasa.es

Web: www.cerasa.es

ISBN: 84-8004-741-0

Depósito legal: M-30585-2006

Impreso por:

Campillo Nevado, S. A.

Antonio González Porras, 35-37

28019 MADRID

Impreso en España / Printed in Spain

Capítulo 2

LA MEDIACIÓN

SUMARIO: 1. La mediación como mecanismo de resolución alternativa de conflictos. 2. Concepto y características principales de la mediación. 3. La mediación ante diferentes situaciones de conflicto. 4. Metodología de la mediación. 4.1. Metodologías tradicionales de mediación. 4.2. Inicio del procedimiento de mediación. 4.3. Análisis de la dimensión comunicativa. 4.4. Análisis de la dimensión metodológica. Las etapas de la mediación. 4.4.1. Fase de preparación. 4.4.2. Fase de debate. 4.4.3. Fase de cierre. 5. La función del abogado en el proceso de mediación.

1. LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

La mediación también se encuadra dentro de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, y probablemente sea con la negociación con la que mantiene una relación más estrecha. De hecho, se suele decir que la mediación es un avance del proceso de negociación; es más, la negociación es la base de la mediación, como veremos a continuación. Si bien circunstancias como la lentitud de los procedimientos judiciales, la necesidad de que determinadas cuestiones se mantengan entre la privacidad de las partes, la ausencia de un órgano jurisdiccional supranacional que dirima litigios entre individuos de diferentes naciones, así como la continua aparición de instituciones jurídicas, hacen que surja la necesidad de crear un nuevo sistema voluntario y autocompositivo que proporcione a las partes los medios necesarios para la solución de sus problemas, como pone de manifiesto FEMENIA, la mediación, como mecanismo de resolución alternativa de conflictos, podemos decir que ha existido siempre.

La mediación ha existido desde la antigüedad en países como Japón y China, así como en ciertas comunidades de África. En España, el Tribunal

de Aguas de Valencia, desde 1238, media entre los agricultores que presentan problemas para el riego de sus terrenos. No obstante, es en Estados Unidos donde a principios de la década de los setenta empieza a promoverse la mediación. En esas mismas fechas, el Reino Unido empieza a preocuparse y a introducir la mediación en diferentes ámbitos, extendiéndose su influencia por diferentes países europeos. Por otra parte, hay que destacar, dentro de América Latina, la importancia que tiene la mediación en Argentina, si bien sólo en Buenos Aires es obligatoria, en el sentido de que antes de presentar demanda ante los Tribunales hay que haber intentado la mediación en determinados tipos de conflictos.

En este sentido, el art. 1 de la *Ley 24.573 de Mediación* argentina establece: “Institúyase con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente Ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditasen que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia”.

También determinados estados de Estados Unidos, como New Jersey, Texas, Missouri y Colorado, regulan la obligación de los abogados de asesorar a sus clientes sobre la utilización de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos. Del mismo modo, en Gran Bretaña, el reglamento interno de los abogados de la *Chancery División* obliga a estos a que informen a las partes de la posibilidad de acudir a una mediación con carácter previo al juicio.

En la actualidad en España, tan sólo en el ámbito familiar, existen leyes de mediación familiar en algunas Comunidades Autónomas como es el caso de Cataluña, Valencia, Galicia, Canarias.

No obstante, hay que destacar el procedimiento que establece el art. 19.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, que permite la “conciliación” y “reparación” entre la víctima y el menor, siendo mediador el equipo técnico. Así establece el referido precepto: “(...) El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento”.

No podemos dejar de mencionar en el ordenamiento europeo, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos

aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, COM (2004) 718 final, presentada por la Comisión en octubre de 2004. Esta Propuesta de Directiva tiene su origen en el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997 y en el Consejo Europeo de Tampere de 1999, que ya subrayó la necesidad de que los Estados miembros desarrollaran procedimientos de resolución alternativa de conflictos, lo que se vio reforzado, posteriormente, con el Libro Verde de la Comisión de 2002. Esta Propuesta tendrá que ser aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo, siguiendo el procedimiento de codecisión. En ella se recogen dos tipos de disposiciones: (i) aquellas destinadas a asegurar una relación dinámica entre la mediación y el proceso judicial y (ii) aquellas otras que proporcionan las herramientas necesarias para que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros promuevan el uso de la mediación. Es importante destacar, como se refleja en la Exposición de Motivos de la referida Propuesta, que la Comisión no considera a la mediación como una alternativa al proceso judicial sino como un método más de resolución de conflictos que puede ser adecuado para determinados litigios, aunque no para todos.

Dentro de las medidas específicas que contiene la Propuesta destacamos el mandato que se da a los Estados miembros para que se aseguren que el acuerdo alcanzado tras la mediación pueda ser confirmado por una resolución, sentencia, instrumento auténtico o de cualquier otra forma, siempre que el acuerdo no sea contrario al ordenamiento nacional del Estado miembro donde se efectúe la solicitud. La Propuesta también llama la atención sobre la necesidad de que exista un grado mínimo de compatibilidad de las normas procesales civiles en lo relativo a caducidad, a la prescripción y a la manera de asegurar la confidencialidad del mediador en todo el proceso judicial posterior. Finalmente, la Propuesta fija el plazo máximo para que los Estados miembros implementen esta Directiva en septiembre de 2007.

Además, la mediación ya no sólo aparece como un mecanismo de resolución de conflictos sin más, sino que cada vez en mayor medida se presenta como uno de los mecanismos más adecuados para resolver disputas en la red. Cada vez más se habla de los *ODR –On line Dispute Resolution–* que son los mecanismos de resolución de conflictos on-line. La rapidez que aportan a las transacciones en las que se utilizan, así como el menor coste económico y personal que suponen entre las partes involucradas, hace que aporten ventajas sustanciales como potenciales mecanismos de

resolución de conflictos en la red. Dentro de ellos, la mediación, por las ventajas que han sido apuntadas anteriormente, será uno de los que más se utilizarán en un futuro.

Otras iniciativas recientes en materia de mediación son: (i) el Reglamento para la mediación obligatoria, de 31 agosto 2005, en Malawi; (ii) La iniciativa de mediación en Pakistán, para combatir la violencia de género y proteger a la mujer; y (iii) de ámbito europeo, la alianza internacional “MEDAL”, que estudia el poner en proyecto temas de mediación empresarial y que la integran hoy en día: ACB Mediation (Holanda), ADR Center (Italia), CEDR Solve (Francia) y JAMS (EE.UU.).

2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA MEDIACIÓN

Se han dado muchas definiciones en diferentes momentos y ordenamientos sobre mediación. Con el objeto de poder extraer los caracteres más importantes de la mediación como mecanismo de resolución alternativa de conflictos, destacamos la siguiente de MOORE: “(...) *es la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable. (...) Para que haya mediación las partes deben comenzar a negociar*”.

Por tanto, por *mediación* entendemos el mecanismo que permite a las partes llegar a un acuerdo que satisfaga al máximo sus intereses con la ayuda de un tercero, que es el mediador. Ahora bien, se trata de que las partes sean asistidas o ayudadas por un tercero, pero es necesario destacar, desde un primer momento, que las partes no reciben asesoramiento sobre lo que les conviene; simplemente se les sugiere una propuesta de acuerdo que las partes aceptarán o no: depende de ellas. De ahí que se diga en ocasiones que la mediación es un proceso de negociación asistido o ayudado, pero, en definitiva, sigue siendo una “negociación”.

Así, conviene diferenciar la mediación del resto de mecanismos de resolución alternativa de conflictos. Su relación con la *negociación* ha quedado expuesta, si bien la misma permite comprender la diferencia entre ellos: la ayuda y asistencia de un tercero, existente en la mediación. En cuanto al *arbitraje*, la gran diferencia es que, a pesar de que en ambos

interviene un tercero, en la mediación el mediador no impone, mientras que en el arbitraje sí: el laudo que dicta el árbitro es ejecutable sin tener en cuenta el deseo de las partes, una vez que se han sometido al mismo. Finalmente, la diferencia entre la *conciliación* y la mediación es muy sutil, ya que si bien el conciliador ayuda a las partes a llegar a un acuerdo, lo hace recomendando lo que él cree que es lo mejor, es decir, puede emitir un juicio de valor sobre la propuesta de acuerdo al que se ha llegado; mientras que el mediador nunca valora la propuesta de acuerdo final, simplemente, en función de lo que le plantean las partes elabora una propuesta de acuerdo que satisfaga al máximo los intereses que las mismas no han llegado a descubrir.

Teniendo ya claro el concepto de mediación y su relación con el resto de mecanismos de resolución alternativa de conflictos, podemos extraer las siguientes características fundamentales de la misma:

– La *imparcialidad* y la *neutralidad* del mediador. En el proceso de mediación, tras escuchar a las partes, el mediador les va a ayudar a llegar a un acuerdo sin que tenga capacidad alguna de obligarles a aceptar determinada solución. El mediador tan sólo es el verdadero conductor del proceso. Sólo así se consigue que la comunicación entre las partes fluya para que, conociendo sus posiciones respectivas, puedan llegar a descubrir los intereses que subyacen tras ellas.

– La *voluntariedad* de las partes. Las partes se someten a la mediación porque así lo deciden y, además, en cualquier momento pueden retirarse de ella. Incluso en aquellos ordenamientos, como el argentino, en el que la *Ley 24.573* y el *Decreto 91/98* imponen la necesidad de haber intentado la mediación antes de iniciar un procedimiento judicial, las partes no vienen obligadas a aceptar el resultado de la mediación. En la mediación, como en la negociación, son las partes las que llegan a una solución o acuerdo que satisface sus intereses: en ésta son ellas mismas las que intervienen en el proceso, en aquélla lo hacen ayudadas de un tercero que es el mediador.

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, COM (2004) 718 final, ya en el Considerando (9) establece que: “La mediación no debería considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que la ejecución del acuerdo alcanzado dependa de la voluntad de las partes (...)”.

– La *confidencialidad* inherente a todo el proceso. El mediador, en los primeros momentos, hace que las partes firmen un “Acuerdo de

Confidencialidad”, por el que se comprometen a no revelar nada que tenga que ver con la información vertida en el proceso de mediación; incluso, si posteriormente se incoara un proceso judicial sobre el mismo asunto, el mediador no podría nunca intervenir como testigo, ni traer al proceso documentos o informaciones aparecidas en el transcurso de la misma; todo ello, sin perjuicio de que esas revelaciones fueran necesarias, tanto por motivos de orden público como para la necesaria ejecución del acuerdo al que ya hayan llegado las partes como resultado de la mediación, o porque las partes así lo hayan decidido de mutuo acuerdo.

El art. 6 de la Propuesta de Directiva de 2004 establece que los mediadores y las personas involucradas en la administración de los servicios de mediación, no podrán dar testimonio ni presentar pruebas en procesos judiciales civiles en relación con: (a) La propuesta o disposición de una parte de recurrir a la mediación; (b) Opiniones sobre una posible solución al conflicto; (c) Declaraciones o confesiones realizadas por las partes en la mediación; (d) Propuestas del mediador; (e) La predisposición de una de las partes de aceptar la propuesta de solución del mediador; (f) Documentos elaborados a los solos efectos de la mediación. No obstante, sin perjuicio de lo anterior, el apartado 3 del mismo artículo salva los casos en los que sí podrá revelarse y admitirse como prueba.

3. LA MEDIACIÓN ANTE DIFERENTES SITUACIONES DE CONFLICTO

Son muchas las *ventajas* que aporta la mediación como mecanismo de solución alternativa de conflictos; y no sólo a las partes que intervienen en el proceso, también para la comunidad en general. En este sentido, podemos destacar como ventajas que aporta al caso concreto, entre otras:

- Ayuda a evitar o disminuir la emocionalidad que puede generar el conflicto.
- Posibilita que se generen más opciones o soluciones al problema planteado en las que, quizás, las partes no habían reparado.
- Favorece una mejor comprensión y valoración de las alternativas que tienen las partes si no llegan a un acuerdo –la correcta valoración del BATNA (*Best Alternative To a Negotiated Agreement*)– como analizaremos más adelante.
- Fortalece la relación entre las partes debido a la confianza mutua depositada en el proceso en sí y en un tercero independiente, etc.

Por otra parte, no podemos dejar de reconocer que la extensión de la mediación como mecanismo de solución de conflictos trae consigo una serie de ventajas para la comunidad en general, resumidas en la mejora del funcionamiento de la administración de justicia: el hecho de que se extienda la mediación en materia civil y mercantil contribuirá a que muchos asuntos no acaben en la presentación de una demanda y el inicio de un procedimiento, lo que redundará en un ahorro de tiempo y costes para toda la comunidad.

No obstante lo anterior, a pesar de ser muchas las ventajas que aporta la mediación a la resolución de conflictos, no se puede dejar de reconocer que hay determinadas situaciones en las que resulta beneficioso acudir a la mediación, mientras que hay otras que consideramos como *no mediables*. Con carácter general, podemos decir que es el estado de la comunicación entre las partes el elemento que hace que debamos considerar a la mediación como mecanismo adecuado para resolver un determinado conflicto.

Para poder entender cómo funciona la mediación y el porqué de los buenos resultados que suele producir, es necesario analizar qué es un *conflicto* y su estructura. Todo conflicto lleva consigo el que el equilibrio entre la emocionalidad y la racionalidad, componentes de todas las situaciones de nuestra vida, se altera y, en concreto, que los niveles de la emoción comienzan a superar a los de la razón. Cuando ese desequilibrio es tal que la comunicación entre las partes hace imposible que puedan llegar a un acuerdo, el mediador tratará de restablecer el equilibrio razón / emoción para que las partes puedan volver a negociar. En este sentido, el mediador se convierte en un filtro de las percepciones de la realidad que tienen ambas partes y en el artífice de un contexto propicio para que ambas puedan satisfacer sus intereses.

Muy relacionado con todo lo anterior, PRUIT y DUBIN consideran que: “El conflicto significa la percepción de una divergencia de intereses, o la creencia de las partes de que sus aspiraciones actuales no pueden satisfacerse simultánea o conjuntamente”.

Este desequilibrio entre razón y emoción se produce en muchas ocasiones porque las partes se encuentran instaladas en sus posiciones y no llegan a descubrir cuáles son los intereses que subyacen detrás de las mismas, produciéndose un bloqueo que hace imposible el que puedan, incluso, comunicarse. Relacionando en este punto la negociación con la mediación, llegamos a una conclusión importante: una de las maneras de resol-

ver un bloqueo en una negociación es, precisamente, someter el conflicto a mediación.

Como se señaló en el capítulo anterior, en teoría de la negociación, entendemos por “posiciones” las diferentes posturas que mantienen las partes: lo que quieren; mientras que los “intereses” son las necesidades, deseos o motivaciones que subyacen detrás de las posiciones, y que revelan el porqué o el para qué se mantiene una determinada postura u otra. Las modernas teorías sobre negociación, que apuestan por orientaciones basadas en intereses, se centran en identificar los intereses de las partes como paso previo a afrontar cualquier negociación.

Los *bloqueos* son situaciones que se producen en una negociación cuando se paraliza o ralentiza de forma anormal el proceso, es decir, las partes empiezan a detectar que el proceso no avanza. Las causas de que se produzcan son variadas, pero casi siempre tienen una raíz común: que las partes negocian sobre la base de acercar sus posiciones, y no de conciliar sus intereses; es más, ni siquiera son conscientes de cuáles son sus intereses.

Pues bien, cuando se produce un bloqueo entre dos partes es necesario seguir dos pasos: (i) identificar que se está produciendo y (ii) aplicar la técnica precisa en el momento oportuno para superarlo. Respecto al primero de los pasos, hay dos factores que confirman que se está produciendo un bloqueo entre las partes: el tiempo que está durando el proceso, y el grado de novedad de los argumentos que están ofreciendo las partes; suelen ser etapas muy largas, en las que apenas hay argumentos nuevos sino que siempre se está girando sobre los mismos.

Una vez que las partes son conscientes de que están padeciendo un bloqueo, el siguiente paso es aplicar la técnica adecuada para superarlo. Es entonces cuando puede resultar muy adecuado sugerir la intervención del mediador. Ahora bien, es muy importante no dejar pasar demasiado tiempo desde que detectamos la existencia de un bloqueo, porque la tensión se irá apoderando de las partes y del propio proceso, y si el conflicto logra explotar con toda su fuerza, es más conveniente esperar hasta que se recomponga el equilibrio entre razón y emoción para plantearse si cabe la mediación. Sin duda alguna, éste es uno de los puntos donde más cercana puede verse la relación entre la negociación y la mediación. Son pocas las ocasiones en las que las partes acuden a la mediación directamente; es más habitual que las partes, tras haber intentado una negociación y no haber

conseguido un acuerdo, traten de que otro –el mediador– les ayude a conseguir lo que ellos por sí solos no han podido. Es por ello por lo que la mediación resulta muy adecuada como mecanismo para salir de los bloqueos que pueden ocurrir en las negociaciones.

Ahora bien, el hecho de que exista la mediación como mecanismo de solución de conflictos, no implica que la podamos aplicar sin más; sino que existen situaciones y circunstancias que van a aconsejar que no utilicemos la mediación como mecanismo para llegar a su solución. En concreto:

- Aquellos conflictos que se derivan de la comisión de un delito.
- Aquéllos que esconden patologías o problemas psicológicos de las partes.
- Aquéllos que, en definitiva, se derivan de la errónea aplicación o de la inaplicación de una norma objetiva.

En todos ellos, la mediación tiene su límite y otros procedimientos, como el arbitraje o los procesos judiciales, pueden ser, en principio, los más adecuados. Por tanto, será tarea del mediador –o del abogado, en caso de que asista al proceso– analizar previamente si la mediación aporta o no ventajas ante el conflicto que se le plantea.

Por otra parte, existen determinadas circunstancias concretas, que sí favorecen la aplicación de la mediación como mecanismo de solución de conflictos. Así:

– Cuando a las partes les resulta complejo descubrir los intereses que subyacen tras sus posiciones. Dado que el mediador debe descubrir los intereses y necesidades de las partes, se atiende mucho más a la situación concreta de cada una de ellas, haciendo hincapié en el estado emocional de cada una.

– Si es especialmente relevante que las partes sigan teniendo la capacidad de tomar la decisión final: el conflicto terminará sólo si ellas así lo deciden. Ello tiene una consecuencia muy importante y es que los acuerdos que son resultado de procesos de mediación suelen ser cumplidos en un porcentaje muy elevado. Las partes realmente están convencidas de su bondad, o de la menor maldad del mismo, lo que no suele ocurrir cuando es un tercero el que impone una solución que debe acatarse.

– El deseo de mantenimiento de la confidencialidad en un determinado asunto. En la actualidad, cada vez se cierran más acuerdos, no sólo entre

personas físicas, sino también entre personas jurídicas, que precisamente lo que desean es que el conflicto existente entre ellas no trascienda al exterior.

Es importante destacar que ese deseo de confidencialidad entre las partes no sólo favorece la utilización de la mediación, sino también es un incentivo para el resto de los ADR. Es más, hoy en día resulta habitual en determinadas materias civiles y mercantiles la utilización de las llamadas “cláusulas de escala” o “cláusulas en cascada”. Se trata de cláusulas que sujetan la resolución de los conflictos que pudieran derivarse, no sólo a mediación, sino a diferentes mecanismos de ADR, es decir, en primer lugar se intenta la negociación entre partes ya nominadas; y si las mismas no llegan a un acuerdo, se suele someter a la mediación de un tercero ya establecido; previéndose también que, para el caso de que las partes no aceptasen la propuesta del mediador, se someterán a un determinado arbitraje –introduciéndose ya la cláusula arbitral *ad hoc*–. Existen otros casos, sin embargo, en que se pasa de la mediación al sometimiento a los Tribunales; y la ventaja más importante de este tipo de cláusulas es que evita dejar que el conflicto siga creciendo entre aquellos que llevan el día a día de la operación en cuestión.

4. METODOLOGÍA DE LA MEDIACIÓN

4.1. Metodologías tradicionales de mediación

Teniendo en cuenta ya aquellas situaciones que se ven favorecidas por la intervención de un mediador, podemos decir que tradicionalmente han existido tres metodologías fundamentales para afrontar el proceso de mediación. En concreto, son las siguientes:

– *Metodología lineal*, que trata de identificar y profundizar en las causas que han originado el conflicto para conocerlas y que las partes puedan llegar a una solución que pueda plasmarse en un acuerdo a largo plazo. El famoso “procedimiento de texto único” es resultado de aplicar esta metodología.

El procedimiento de texto único fue ideado en Harvard y es uno de los procedimientos a los que más se acude hoy en día en materia de mediación. Consiste en que el mediador escucha a las partes y, cuando cree que ya conoce sus intereses, redacta un borrador de propuesta de acuerdo, y se lo presenta a crítica a cada una de ellas. Recibidas las críticas por cada una de las partes, el mediador presenta otra propuesta de borrador a las partes,

quienes también dirán qué les resulta aceptable y qué no, y así sucesivamente hasta que el mediador considera que ya no puede mejorar la propuesta de acuerdo. Es en ese momento cuando las partes deben tomar una decisión: aceptar la propuesta o no.

La utilización más famosa del procedimiento de texto único fue la realizada por el Presidente de los Estados Unidos, Jimmy Carter, y el Secretario de Estado, Cyrus Vance, en las negociaciones de Camp David en septiembre de 1978, cuando mediaban entre el Presidente de Egipto, Anwar el Sadat, y el primer ministro de Israel, Menachem Begin. Después de trece días y de aproximadamente unos veintitrés borradores, el Presidente Carter decidió que tenía un texto que estaba dispuesto a recomendar. Pidió a cada parte que aceptara el texto conseguido y tanto Egipto como Israel así lo hicieron. Unas pocas horas más tarde se firmaron los famosos acuerdos de Camp David.

– *Metodología circular-narrativa*, que parte de la importancia de la comunicación y trata de crear, a través de la mediación, un contexto favorable para que las partes mejoren su relación. Su objetivo es trabajar en la relación entre las partes partiendo de la comunicación existente entre ellas.

Una de sus mayores referentes es COBB, quien empieza a hablar por primera vez de esta forma de afrontar el proceso de mediación.

– *Metodología transformativa*, que trata de potenciar la capacidad de las partes para transformar las situaciones conflictivas que se producen; de ahí su terminología.

Los anteriores métodos no son incompatibles entre sí, y una labor profesional del mediador pasa por conocer todos ellos y conseguir adoptar los elementos de cada uno que más se adecuen a la situación conflictiva concreta en la que le ha tocado intervenir. En este sentido, hoy en día, nos encontramos con diferentes tipos o variantes de mediación: así, la mediación familiar, la mediación empresarial, la mediación penal, la mediación escolar, etc. Es decir, en los diferentes ámbitos de la vida donde surgen habitualmente conflictos aparece la mediación como procedimiento adaptable a aquellas situaciones con elementos que las hacen mediables, como hemos visto más arriba.

Teniendo en cuenta las metodologías anteriores, así como los diferentes ámbitos donde la mediación es propicia, pasamos a desarrollar la actuación que el mediador debe llevar a cabo y que se resume en: mediar con la ayuda de un método profesional compuesto por diferentes técnicas y recursos, que debe partir del análisis de la situación negocial que las partes implicadas hayan intentado o no.

4.2. Inicio del procedimiento de mediación

La mediación como procedimiento se inicia cuando se da alguna de las siguientes circunstancias, siempre partiendo del principio de autonomía de la voluntad de las partes *ex art. 1.255 CC*:

– Que en el acuerdo o contrato de que se trate se haya establecido que cualquier disputa o conflicto que pudiera surgir se someterá a mediación, lo cual se hace incluyendo en él una cláusula compromisoria de mediación; es decir, las partes convienen *a priori* que el mecanismo de los potenciales conflictos que pudieran derivarse de su relación se intentarán solucionar por este sistema.

Respecto a las cláusulas por las que las partes deciden someterse a mediación, las más frecuentes suelen ser del siguiente estilo: *“Para el caso de que surja alguna controversia sobre la validez, interpretación o ejecución de este contrato, ambas partes se comprometen a acudir a un procedimiento de mediación, de conformidad con las reglas y bajo la administración de (...), que designará un mediador a tal efecto. La mediación tendrá lugar en (...). El idioma que se utilizará en la mediación será (...). En el caso de que ambas partes no consigan llegar a un acuerdo sobre su controversia en el procedimiento de mediación señalado, quedará expedida la vía judicial”*.

– Que no se haya previsto nada en el acuerdo, y haya surgido el conflicto y las partes interesadas decidan someterse a mediación; es decir, ante una disputa que aparece en un momento determinado, las partes pactan que se solucione a través de mediación.

Pues bien, tanto en un caso como en otro, ambas partes y el mediador firmarán un contrato privado de mediación y se iniciará el procedimiento.

Respecto a la intervención del mediador, a la hora de exponer la actuación profesional que debe llevar a cabo, es necesario que, en primer lugar, éste sea consciente de los motivos o causas que han llevado a las partes a esa situación de conflicto. La clave del método de mediación que proponemos está en que el mediador conozca los errores que han cometido las

partes en su negociación previa y frustrada, en caso de haber existido, o que han llevado a las partes, sin más, a estar inmersas en esa situación.

Los errores que se producen en todas las situaciones mediables se dan en dos planos diferenciados: (i) errores en la *comunicación*, y (ii) errores en la *metodología* utilizada por las partes, en su caso; si bien podemos afirmar que normalmente los errores de método tienen su origen, en gran medida, en errores en la comunicación entre las partes. Es, por tanto, labor del mediador trabajar en estos dos planos diferentes, pero íntimamente relacionados.

Vamos a ver cómo la metodología que proponemos se basa en el trabajo del mediador en estos dos ámbitos. Se trata de identificar qué errores se han producido y de exponer los diferentes recursos con los que cuenta el mediador para subsanarlos.

4.3. Análisis de la dimensión comunicativa

En cuanto a los errores en la comunicación entre las partes, podemos decir que, partiendo de las tres dimensiones básicas de la comunicación: (a) El manejo de los recursos del lenguaje; (b) La expresión y el control emocional; y (c) La persuasión y autoafirmación de cada parte, el mediador se puede encontrar con que ha habido fallos en alguna/s de estas tres dimensiones.

En cuanto al *lenguaje*, en numerosas ocasiones, el que utilizamos no es el adecuado para transmitir el mensaje informativo que las partes quieren. Esto ocurre porque al comunicarnos con otros no utilizamos las funciones del lenguaje de forma correcta; en negociaciones con otras personas solemos abusar de un lenguaje excesivamente valorativo, que introduce en el discurso una enorme subjetividad, lo que hace que los malentendidos sean frecuentes.

Por otra parte, ya en el terreno de la expresión y el *control emocional*, puede que alguna de las partes o ambas actúen de una forma descontrolada e impulsiva arrastrando al propio proceso. Es evidente que cualquier situación, por cotidiana y habitual que sea, genera en las partes que la viven una serie de emociones y, en numerosas ocasiones, nos dejamos arrastrar por ellas de tal forma que olvidamos nuestros objetivos, siendo reactivos a las mismas.

Finalmente, lo que siempre ocurrirá cuando detectemos que la comunicación ha fallado es que la tensión necesaria entre *persuasión* y *autoafirmación* no ha sido la adecuada entre las partes. Para que la comunicación entre las partes sea efectiva, es necesario que exista una adecuada tensión entre esos dos elementos, ya que para poder influir y persuadir en el otro, es decir, para conseguir crear el efecto pretendido en la conducta del otro, es necesario que uno sea capaz de autoafirmarse de forma adecuada, o con otros términos: debo defender mis argumentos para conseguir mis objetivos, sin someterme a los del otro y sin tener que atacarlos; por tanto, el equilibrio adecuado para persuadir será el que me sitúe ante el otro en una situación de cooperación.

Para tratar de solucionar esos errores ya detectados en el ámbito de la comunicación, el mediador deberá hacer uso de los recursos siguientes:

- El parafraseo.
- La escucha activa.
- La correcta utilización de las preguntas.
- La adecuada autoafirmación y empatía entre las partes.

Con el *parafraseo* y la recapitulación no sólo de lo acordado en el momento final, sino de los hechos expuestos por las partes, el mediador conseguirá un doble objetivo: por un lado, confirmará si lo que va entendiendo del relato de las partes se corresponde con la realidad y, por otro lado, las partes podrán confirmar o desconfirmar lo que era su percepción de los hechos. La clave está en que el mediador consiga reformular lo dicho por las partes con palabras neutras, que no tienen por qué esconder las emociones, pero que sí deben evitar las valoraciones.

Así, por ejemplo, con expresiones como: “*lo que ha querido decir es que le disgusta que...*”, o “*usted se siente dolido por la actitud de la otra parte...*”, etc.

El mediador va a utilizar el parafraseo, fundamentalmente, tras el discurso inicial de las partes, con el que les anima a que hagan una narración de los hechos y, además, siempre que crea que existe una confusión y considere que la aclaración de los términos y la recapitulación puede ayudar a centrar el tema. Ahora bien, el mediador debe evitar utilizar términos que impliquen una toma de postura hacia una de las partes; para ello, como decimos, debe descontaminar su lenguaje de cualquier expresión valorativa. Es necesario que tenga siempre presente que el objetivo fundamental

del parafraseo es que la parte que ha hecho el relato se sienta escuchada y que, además, ella misma escuche desde otro ángulo lo que expresó, por si está de acuerdo o no.

En cuanto a la *escucha activa*, el mediador deberá asegurarse de que las partes se escuchan entre ellas y no sólo oyen una determinada información. Para conseguirlo, el mediador deberá comprobar que ambas partes entienden lo que se está diciendo, y para ello empleará el mejor recurso: la correcta utilización de preguntas, adaptando el formato posible de cada una a la información que se quiere obtener con la respuesta.

Es tarea del mediador conocer los errores más habituales que suelen darse entre las partes a la hora de escuchar. Algunos de los más importantes son, como pone de manifiesto SEGURA: juzgar aquello que el otro está diciendo y tomar partido sin atender a sus planteamientos; la parte que esto hace se centra en valorar aquello que le están contando, haciendo ya una selección de los datos que cree más oportunos, lo que le lleva a integrarlos en el discurso –y, por tanto, en el planteamiento para la solución– junto con la totalidad de datos que se están vertiendo sobre la mesa. También el pensar en paralelo hace que las partes no se concentren en lo que el otro está narrando, sino que ya tengan preparada de antemano la respuesta. Otro de los errores que suelen cometerse es adelantar la respuesta que se va a dar con gestos o actitudes, o frases incompletas (del tipo: “claro”, “para nada”, “faltaría más”, etc.). Finalmente, otro error frecuente es responder de forma autobiográfica, adaptando el mensaje que recibimos a situaciones que son parecidas personalmente a las que nos transmiten.

La consecuencia de responder sin haber escuchado previamente de forma activa es que, al no tener la suficiente información objetiva, las partes estén construyendo un mensaje o un posible acuerdo desde la perspectiva de cada uno, lo que hace que integrar las propuestas sea prácticamente imposible. Por ello, destacamos la importancia de que, desde un primer momento, el mediador fomente la escucha activa entre las partes, porque sólo así se conseguirá que las propuestas finales de acuerdo sean integradoras y que se genere un marco contextual que propicie un acuerdo final que satisfaga al máximo los intereses de todas las partes involucradas.

Muy relacionado con el punto anterior, no cabe duda que las *preguntas correctamente utilizadas* por el mediador permiten a éste que las partes consigan escuchar de forma activa, de tal forma que se facilite que lleguen a romper sus posiciones, para comprender los verdaderos intereses que se ocultan tras ellas. En concreto, con las preguntas el mediador consigue un

triple objetivo: (i) obtiene la información que precisa; (ii) ayuda a que las partes muestren interés por el tema y procura que se centren en lo verdaderamente relevante; y (iii) consigue descontaminar de valoraciones la narración de hechos realizada por ellas.

El mediador que se enfrenta con el intento de proponer un buen acuerdo debe tener un conocimiento adecuado de los tipos de preguntas que pueden realizarse, y de la adecuación de cada tipo en función del resultado que se pretenda conseguir con ellas. En este sentido, en los primeros contactos con las partes, en los que el mediador trata de obtener información de ellas, para ir descubriendo poco a poco sus intereses, es conveniente utilizar *preguntas abiertas*; con las que logrará, además de información de contenido, un cierto conocimiento sobre la forma de actuar y de comportarse de cada parte.

Así, por ejemplo, cuando el mediador en las primeras sesiones se dirige a una parte y le dice: “*Me encantaría que comenzara usted a relatarme lo ocurrido. ¿Qué destacaría como causa más importante que ha propiciado esta desavenencia entre ustedes?*”. Con este tipo de preguntas, el mediador consigue no sólo una información de lo que ha pasado, sino que obtiene, de cada una de las partes, su priorización respecto a las causas que consideran más importante, así como si existe o no una tensión emocional grande entre ellas, puesto que la respuesta lo va a evidenciar.

Por otra parte, el mediador deberá utilizar *preguntas cerradas* cuando intuya que puede elaborar una propuesta de acuerdo entre las partes. Este tipo de preguntas le servirán para que las partes vayan teniendo presente una recapitulación de lo que ha ido ocurriendo.

Así, preguntas del tipo: “*Veamos, entonces, si no he entendido mal, ¿usted lo que pretende es que se fije un sistema concreto de penalidades en este contrato? (...)*”. Como vemos, las preguntas cerradas contienen una hipótesis, en la que pedimos que se nos confirme lo que decimos. En este caso, frente a las preguntas abiertas, la información la ofrece la propia pregunta.

Además de todo lo anterior, el mediador deberá trabajar sobre la tensión que tiene lugar en todo encuentro comunicativo: la tensión entre la *empatía* y la *autoafirmación*. La empatía es uno de los recursos que nos permite comprender los estados emocionales del otro; muchos de los problemas que se derivan de un proceso de mediación se generan o alimentan, precisamente, por no haber entendido el conflicto desde la perspecti-

va del otro. Sin embargo, la empatía tiene el riesgo de llegar a comprender los objetivos y la situación de la otra parte de tal forma que perdamos de vista los nuestros y, por tanto, nuestra estrategia.

Teniendo en cuenta lo anterior, el mediador profesional deberá fomentar la empatía entre las partes, pero a su vez fortalecer un grado adecuado de autoafirmación en ellas, para que la comunicación fluya y la relación se reestablezca. Como se ha expuesto, se trata de que cada parte pueda identificar los intereses y objetivos de la otra parte, junto con la defensa de los suyos, para conseguir –de forma cooperativa– un acuerdo que satisfaga los intereses de ambas. El mediador ha de lograr que cada parte se sitúe en el plano adecuado respecto de la otra, y que sea reconocido como tal. Sólo si desde el principio del proceso las partes han mostrado un grado adecuado de autoafirmación, podrán expresar sus verdaderos intereses, con lo que se potencia la generación de posibles opciones o soluciones al conflicto.

Visto lo anterior, consideramos que si el mediador trabaja eficazmente en estos aspectos comunicativos con las partes, conseguirá desbloquear la relación, posibilitando una mayor receptividad de las mismas hacia el problema, en sí mismo considerado. Y estudiada la dimensión comunicativa, pasamos a identificar y analizar los posibles errores de método que se han podido producir entre las partes.

4.4. Análisis de la dimensión metodológica. Las etapas de la mediación

Por método de negociación entendemos un equilibrio entre orientaciones o estilos –aspecto *subjetivo*– y técnicas a aplicar en función de las diferentes fases del proceso de negociación en que nos encontremos –aspecto *objetivo* del método–. Teniendo esto en cuenta, se observa como el mediador necesita trabajar en las referidas dimensiones para facilitar la tarea de las partes. Comenzamos a ver así lo que antes se ha anunciado: que la mediación es una continuación del proceso de negociación o, con otras palabras, que se trata de posibilitar que el mediador se haga con las riendas del procedimiento e intente proponer una solución que, en principio, se oculta a las partes.

Desde un punto de vista metodológico, en un primer momento, el mediador debe trabajar sobre el aspecto más subjetivo que rodea al problema que le han encomendado y, en un segundo momento, debe planificar una estrategia o procedimiento para seguir adecuándolo a la orientación que las partes hayan mostrado ante ese problema.

En cuanto a las *orientaciones* que el mediador puede descubrir en las partes, al igual que en procesos de negociación, encontrará actitudes más posicionales y otras más basadas en intereses. Las orientaciones basadas en intereses permiten a las partes centrarse más en el verdadero problema real, que en el aparente que aparece frente a ellas; mientras que en las orientaciones posicionales, como se recordará, las partes se centran en qué quieren, y no en para qué o porqué lo quieren –sus intereses–, pero precisamente este error –tratar de encontrar un acuerdo acercando posiciones– suele ser la causa más frecuente que llevará a las partes a intentar una mediación.

Cuando el mediador ya ha analizado el aspecto más subjetivo, pasará a estudiar las diferentes *técnicas* y recursos que puede utilizar en función de la fase del proceso en la que se encuentre. En este sentido, son tres las grandes etapas que podemos distinguir en el proceso de mediación: (i) Preparación; (ii) Debate; y (iii) Cierre.

Nótese que las fases de la mediación coinciden con las de toda negociación, si bien con las especificidades que se exponen; siendo la fase de debate, la de mediación propiamente dicha.

4.4.1. Fase de preparación

En la fase de preparación, cuando el mediador analiza e investiga sobre el caso antes del primer encuentro con las partes, la tarea fundamental que deberá llevar a cabo será la *obtención de información*. Respecto a los datos de carácter objetivo, las fuentes a las que puede acudir el mediador son tanto de carácter público (informes de registros públicos, sentencias, precedentes, costumbres, etc.) como de carácter privado (informes periciales, informes de empresas *ad hoc*, contactos con otras personas que puedan suministrar información, así como la que se obtenga del relato que realicen las partes, etc.). Respecto a la información sobre la actitud u orientación de las partes, son dos los mecanismos habituales que utiliza el mediador para descubrir en cuál de ellas se encuentran instaladas: las entrevistas privadas con cada parte por separado, denominadas “*caucus*”, y las primeras reuniones que el mediador mantiene con ambas partes, donde podrá indagar y descubrir la relación que se genera entre ellas.

Además, en esta fase de preparación de la mediación, el mediador deberá llevar a cabo una labor de planificación estratégica y de planifica-

ción táctica, al igual que ocurre en un proceso de negociación. Si en una negociación la *estrategia planificada* ha de ser flexible, ya que debe adaptarse a las conclusiones que las partes obtengan en la mesa de negociación, en la mediación mucho más, pues el mediador necesita no sólo la información objetiva, sino de relación, generada entre las partes en las diferentes rondas. En cuanto a cómo debe llevar a cabo la planificación estratégica, se recomienda que lo haga respecto de cada una de las partes y siguiendo un método profesional de negociación, como el expuesto en el capítulo 1.

Y sobre la *planificación táctica*, es mucha la importancia que se le concede en materia de mediación. Se trata de conseguir el contexto más adecuado para que las partes se desbloqueen, y se facilite así la comunicación entre ellas y el mediador y, por tanto, la consecución del acuerdo. La planificación táctica en mediación comienza por la preparación por el mediador de las salas –en su caso– donde se llevarán a cabo las diferentes rondas. En este sentido, suele ser habitual que el mediador prepare la disposición de la mesa, sugiriendo él mismo los sitios que va a ocupar cada uno, de suerte que las partes puedan dirigirse la una a la otra sin dificultades, y el mediador pueda observar sin problemas el debate entre ellas.

En este aspecto, al igual que en otros del proceso de mediación, es muy conveniente que el mediador sugiera cualquier iniciativa de actuación, y que sean las partes las que ratifiquen la conveniencia o no de lo que se va a hacer. Con esto, el mediador consigue: (i) generar un ambiente de consenso, en el que hasta las reglas más formales han sido aceptadas por todos; (ii) reforzar la sensación de que el mediador simplemente asiste en beneficio de las partes y del proceso, pero no impone nada; y (iii) muy relacionado con lo anterior, que las partes sigan percibiendo y constataando que son ellas las verdaderas protagonistas del proceso, pues la decisión final sigue dependiendo de ellas.

El mediador, con una información provisional inicial, ya estará preparado para adentrarse en las primeras rondas de la mediación, propiciándose así el primer contacto con las partes. Pasamos ya a analizar el proceso de mediación en sentido estricto, o lo que sería equivalente a la fase de debate en un proceso de negociación.

4.4.2. Fase de debate

Distinguimos las siguientes etapas en las que cabe subdividir la fase de debate de un proceso de mediación, desde una perspectiva profesional.

4.4.2.1. Encuentro inicial

El proceso de mediación propiamente dicho comienza cuando el mediador recibe el encargo de las partes de que les asista en el intento de solucionar su problema. El mediador, si acepta el caso en cuestión, tras estudiarlo, convoca a las partes implicadas a una reunión, que suele comenzar con un preámbulo o discurso inicial pronunciado por el propio mediador y que tiene los siguientes objetivos:

- La presentación e introducción de las partes.
- La explicación de las líneas generales y de los objetivos de la mediación.
- El establecimiento de las reglas generales que presidirán el proceso.
- La relajación de la posible tensión que pueda existir entre las partes y con respecto al procedimiento al que se someten.

En definitiva, con esta reunión inicial el mediador trata de lograr que las partes sean conscientes de que existe una metodología, que ellas por sí mismas no han aplicado, y que sólo si se acogen a ella propiciarán las posibilidades de que se logre un acuerdo que satisfaga al máximo sus intereses.

Hecha la presentación inicial, el mediador entregará a las partes el Acuerdo de confidencialidad, que será firmado por ellas y por el que se comprometen a mantener con tal carácter la información que se vierta en el proceso: así en las posibles reuniones privadas o “caucus”, como en las reuniones conjuntas; dejando a salvo normalmente que la confidencialidad no será mantenida cuando se tenga conocimiento de la comisión de un delito o de la existencia de violencia.

En cuanto a la explicación del mediador sobre las reglas generales que regirán el proceso de mediación, detallará que su función en el mismo es la de mera ayuda para que todo vaya bien; insistirá en la bondad de la mediación y en la posibilidad que tienen las partes de retirarse del proceso en cualquier momento. Finalmente les indicará que, si ambas partes aceptan la propuesta de acuerdo a la que se llegue, se recogerá en un documento que será firmado por todos.

4.4.2.2. Relato de las partes

Hecho lo anterior, en este momento el mediador invitará a las partes a que hagan una exposición sobre su visión de los hechos. A partir de aquí,

el mediador empezará a utilizar el parafraseo. Es de vital importancia que el mediador se asegure en esta etapa de que las partes conocen bien lo ocurrido y, sobre todo, de que él tiene un conocimiento adecuado y objetivo de lo que ha sucedido.

Suele ser frecuente, en este relato inicial de las partes, que las mismas utilicen un lenguaje valorativo, cargado de emotividad, que puede generar todavía más conflicto si no es moderado por el mediador desde el primer momento. En concreto, es muy habitual que las partes sólo hablen sobre posiciones, sobre lo que quieren, y no sean conscientes de la importancia de descubrir sus miedos, sus necesidades, etc.; en definitiva, los intereses que existen detrás, y que será lo que desbloquee la situación. Aquí es donde aparece la labor clave del mediador: es la ayuda que permite a los que negocian “descender” de las posiciones a los intereses.

Ahora bien, para conseguir ese objetivo de forma práctica, el mediador deberá utilizar los siguientes recursos y técnicas. En primer lugar, deberá tomar la palabra tras la exposición de los hechos de cada parte y utilizar el parafraseo, tratando de poner sobre la mesa el por qué y el para qué de lo que las partes piden, es decir, los intereses. Se trata de que el mediador “traduzca a lenguaje de intereses” lo que las partes dicen con sus propias palabras.

Así, por ejemplo, imaginemos un conflicto entre un jefe y un empleado. El mediador solicita a las partes que hagan una exposición de lo ocurrido y dicen lo que sigue. En palabras del jefe: *“Últimamente tiene muy bajo rendimiento, incluso llega media hora tarde a su puesto de trabajo. Ahora trabaja en un proyecto de vital importancia para entregarlo a tiempo y parece que se va a retrasar. Siempre está malhumorado, como si el resto de compañeros le hubiesen hecho algo (...)”*. En palabras del trabajador: *“¡Esto es inaudito! No hay nada más ilusionante para mí que el proyecto en el que estoy trabajando en la actualidad, pero no puedo más, tardo cada día en llegar a la oficina dos horas y media, cuando hay otra sede al lado de mi casa en la que podría realizar perfectamente mi trabajo como consultor, pero aquí nadie me escucha. Yo no llego tarde a mi puesto de trabajo porque quiero, dependo de las condiciones del tráfico y del transporte público. Soy un trabajador muy responsable y lo llevo demostrado en mis quince años de experiencia profesional. Lo que pasa es están todos en mi contra (...)”*. Tras estos discursos, el mediador podría utilizar la siguiente construcción: *“(...) Me doy cuenta de que su interés (el del trabajador) es claramente mejorar su ubicación geográfica, tratando de estar más cerca de su puesto de trabajo; mientras que el suyo (el del jefe) es tratar de sacar este proyecto en la fecha para la que se ha comprometido la empresa, lo que pasa por mantener a este consultor en su puesto de trabajo actual (...)”*.

Una vez que el mediador tiene claro cuáles son los intereses, debe hacer que el debate continúe, indagando ya sobre intereses, pero añadiendo un elemento más: enfatizando y haciendo ver a las partes que existen intereses comunes o que son conciliables.

En el ejemplo anterior: *“Veo que en este conflicto hay un interés común y es que ambos desean que el proyecto actual de la empresa siga. Parece que ambos hasta aquí lo tienen claro y que la relación funciona (...)”*.

No podemos dejar de reconocer que lo expuesto hasta aquí no es fácil de conseguir. Incluso con la ayuda de un mediador puede resultar muy complejo que las partes lleguen a descubrir sus intereses. Si el mediador no descubre los intereses de las partes o, aún sabiéndolos, no consigue que las partes “desciendan” y entablen una relación negociadora sobre ellos abandonando sus posiciones, es entonces cuando es aconsejable que proponga reuniones privadas o “caucus” con alguna de las partes o con ambas.

No obstante, son muchos los mediadores que en todos sus asuntos, por simples y sencillos que parezcan, plantean este tipo de reuniones, que les sirven para generar la confianza necesaria a fin de lograr un buen acuerdo que asegure su cumplimiento y, sobre todo, para confirmar toda la información previa de que disponen, así como la extraída de las intervenciones iniciales de las partes; en no pocas ocasiones, la comunicación parece fluir perfectamente en las rondas conjuntas y, de forma privada, las partes muestran posturas totalmente diferentes. Si eso no es detectado por el mediador profesional, llegados al punto de aceptar el acuerdo, se encontrará con que alguna de las partes o ambas no quieren firmar, porque no les satisface, cuando nada había en el proceso que indicase al mediador que ello podía ocurrir.

4.4.2.3. Reuniones privadas o “caucus”

En el caso de que el mediador no consiga que la relación se desbloquee, o que afloren los intereses, o cuando una de las partes no se siente cómoda revelando determinada información directamente a la otra, el mediador puede citarles por separado y trabajar en sesión cerrada con cada uno; es lo que se conoce como sesiones privadas o “caucus”. Podemos decir, como señalan BEER y STIEF, que mediante esta clase de reuniones se persiguen los siguientes objetivos:

– Dar ánimo y generar confianza en las personas implicadas, procurando relajar la tensión emocional generada, si es el caso. Lógicamente, en sesiones privadas con el mediador, las partes estarán menos tensas y lo percibirán como

un ámbito más de confianza que la sesión plenaria con la otra parte. Esto debe ser utilizado por el mediador para conseguir descifrar los intereses de cada parte.

– Tratar de guiar y controlar el proceso, siendo muy útiles cuando se quiere interrumpir un argumento o variar el rumbo que ha tomado la discusión. Piénsese que muchas veces la emocionalidad del conflicto puede explotar aun en presencia del mediador o que el rumbo que esté tomando la reunión sea diferente al que el mediador había previsto. Es entonces cuando puede resultar conveniente que el mediador proponga un receso, en el que se reunirá por separado con cada una de las partes.

– Procurar descubrir intereses que no afloran de forma conjunta, quizás por una ofuscación de las partes; muchas veces lo que no fluye con otra persona es posible que se consiga con un tercero, y ésta es la clave de la mediación. Si el mediador detecta que puede existir un problema personal entre las partes, que no les deja solventar el conflicto que “aparentemente” tienen, puede hacérselo saber y trabajar con ellos, primero de forma privada con cada uno, en “*caucus*”.

Con carácter general, es recomendable que el tiempo utilizado con cada parte de forma privada sea similar, para evitar que se genere en una de ellas la sensación de que no está siendo atendida de igual grado, o de que existe parcialidad por el mediador. Siempre que esto no sea posible, así como –con carácter general– cuando el mediador tenga que apartarse un tanto de las reglas expuestas al principio de las sesiones, suele ser aconsejable que les explique a las partes a la vez la razón de esa actuación. Como se ve, las partes han de ser en cada momento las verdaderas protagonistas del proceso que se está llevando a cabo –nada hay que se les pueda imponer–, y así deben percibirlo, si se quiere que el proceso sea eficiente.

4.4.2.4. Etapa de generación de opciones posibles

Es la etapa más productiva de todo el proceso de mediación y a la que se pasará cuando los intereses de las partes hayan quedado patentes. También se suele llamar etapa de reformulación o etapa de creación de valor, ya que consiste en enmarcar el problema desde otra perspectiva diferente, de cara a que las partes centren sus esfuerzos en conseguir una solución que satisfaga al máximo los intereses de ambas.

En este momento, el mediador ya habrá conseguido, con las reuniones en “*caucus*” y/o las reuniones conjuntas, que las partes puedan conocer y valorar de forma real su BATNA. Al igual que ocurre en negociación, el BATNA permite conocer a cada parte hasta dónde puede llegar y cuál es su límite. En este momento, ya han debido aflorar a la mesa de negociación todos los ingredientes necesarios para posibilitar el acuerdo. Las partes, a la vista de sus intereses, habrán de valorar si el grado de satisfacción mayor de los mismos puede obtenerse de manos de la mediación o, si por el contrario, la mejor satisfacción de sus intereses vendrá de algo externo a la mediación, lo que implicará el que no se llegue a un acuerdo.

Por tanto, el mediador guiará a las partes para que pongan encima de la mesa todas aquellas soluciones u opciones que consideren viables para dar solución al conflicto. Puede ocurrir que el acuerdo sea difícil, porque una de las partes o ambas se nieguen a aceptar alguna de las propuestas debido a que la percepción que tienen de su BATNA es superior a la que es en realidad. ¿Qué hacer entonces en esta situación? En estos casos, la labor del mediador está en mostrar la enorme dificultad que supone para las partes acabar el proceso sin alcanzar un acuerdo.

En teoría de negociación, es lo que URY expone en su quinta regla para superar posiciones obstinadas. Para ello el mediador –sin perder la neutralidad que debe presidir todo el proceso– deberá utilizar preguntas que lleven a la parte obstinada a reconsiderar su BATNA, y a plantearse un acuerdo que lo supere. En este punto, consideramos muy acertada la diferenciación que hace GONZÁLEZ-CAPITEL sobre las amenazas y las advertencias: hay que evitar amenazar, o que un determinado comentario se perciba como tal, ya que ello acaba volviéndose contra uno mismo; la diferencia fundamental es que la amenaza siempre es subjetiva, mientras que la advertencia es objetiva.

No obstante lo anterior, si la parte no cambia su perspectiva, estaríamos ante uno de los casos en los que la otra parte –o incluso el mediador de modo sutil– puede sacar a colación de forma sólida y contundente su BATNA, pero siempre salvando la relación entre las partes. Por eso se aconseja que el BATNA nunca se revele a la otra parte y, si tiene que hacerse, como es el caso, se haga en el momento más cercano al fin del proceso y siempre que se considere que ello puede propiciar alcanzar una solución.

4.4.3. Fase de cierre

A continuación nos adentramos ya en la fase de cierre, en la que las partes podrán aceptar o no la propuesta de acuerdo a la que hayan llegado. Si las partes aceptan una posible solución, porque satisface sus intereses, el mediador les ayudará a construir y formalizar el *acuerdo* que la recoja. Como hemos visto, son las partes las que aceptan voluntariamente la propuesta de acuerdo, y puede ocurrir que hayan llegado hasta aquí y no acepten el resultado final, o que se hayan retirado antes del proceso.

Ahora bien, si la propuesta de acuerdo es aceptada por las partes, el mediador puede encargarse de la redacción del acuerdo. Si tiene dudas legales, recurrirá a un abogado; y si en el proceso ya ha habido asistencia letrada, el abogado será el encargado de construir la propuesta de acuerdo.

En los países donde la mediación es obligatoria, la asistencia letrada al proceso también lo es; así sucede en la *Ley Argentina de Mediación y Conciliación* –de aplicación en Buenos Aires–, que impone la obligatoriedad de intentar la mediación de forma previa a la interposición de la demanda, y establece la obligatoriedad de asistencia letrada durante el proceso de mediación.

Es conveniente que el acuerdo sea firmado –por las partes y por el mediador– en ese momento, sin perjuicio de que su eficacia quede sujeta a condición (como puede ser la elevación a documento público). Una vez alcanzado el acuerdo, éste no termina con la firma de las partes, sino que el mediador debe ser consciente de que lo que se está firmando se tiene que cumplir, por lo que la concreción del mismo debe ser máxima. La situación que ha llevado a las partes a la mediación ya ha resultado conflictiva, luego se trata de evitar, por todos los medios legales, que eso pueda ocurrir en un futuro.

Finalmente, también llamamos la atención sobre la importancia de que el acuerdo incluya determinadas fechas para revisar su cumplimiento, sobre todo si éste es de los que se alarga en el tiempo. Igualmente, si el cumplimiento del acuerdo o de parte del mismo depende de un tercero, habrá que tenerlo en cuenta a la hora de confeccionarlo.

5. LA FUNCIÓN DEL ABOGADO EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

Analizado el proceso de mediación en sus diferentes etapas, surge la necesidad de plantearnos la posible función o rol del abogado en el referido proceso. En la actualidad, en aquellos ordenamientos que contemplan supuestos de mediación obligatoria se impone la necesidad de asistencia letrada a las partes; y en esos mismos ordenamientos, en los códigos que regulan la profesión de la abogacía, se incluye la obligación del abogado de asesorar a sus clientes sobre la existencia o conveniencia de estos procesos no adversariales. Pues bien, el valor añadido que aporta dicho asesor a su parte y al proceso en su conjunto puede suponer una desventaja respecto de la otra parte.

Ahora bien, la intervención del abogado en la mediación, para que tenga sentido y aumente la eficiencia del proceso, requiere que aquél conozca plenamente la naturaleza del conflicto planteado; para lo cual, no le bastará con constatar si ha habido o no un determinado incumplimiento normativo, sino que habrá de ir más allá y, antes de inclinarse por solucionar el problema a través de esta vía, deberá realizar un análisis de la situación en tres dimensiones, tal y como expone SINGER:

– Dimensión del *conflicto*: debe analizar qué tipo de conflicto le presentan, y si la mediación puede aportar las ventajas objetivas que supone en principio. Como hemos visto, si hay una controversia de orden público o si existe una posible comisión delictiva, la labor del abogado será desaconsejar la mediación.

– Dimensión de la *relación*: ha de ser consciente del valor que para las partes tiene mantener la relación en el futuro; en este sentido, el abogado procurará que se alcancen acuerdos que apuesten estructuralmente por soluciones más a largo plazo, y no sólo centradas en una situación meramente coyuntural.

Así, destaca el auge que tiene actualmente la mediación en el ámbito empresarial, en gran medida por este factor. Muchas son las relaciones empresariales entre clientes y proveedores, distribuidores y suministradores, etc., que se alargan mucho en el tiempo y en las que el sólo planteamiento de una demanda entre ellos puede dar al traste con la relación de cara al futuro. La mediación es percibida, en las relaciones empresariales, como una manera de resolver amigablemente conflictos que la convivencia y el trabajo día a día traen consigo.

– Dimensión del *acuerdo*: el mediador debe analizar tanto el grado de creatividad de las posibles soluciones, como la importancia que tiene el componente económico para una posible solución. En muchas ocasiones, las posiciones en las que están instaladas las partes hacen que sólo descubran los aspectos más crematísticos del problema, y que se propongan soluciones que sólo contemplen la perspectiva puramente económica. La intervención del abogado debe ayudar a que las partes no sólo descubran sus intereses, sino que también puedan descubrir posibles soluciones creativas que los satisfagan; éste es el valor añadido del abogado en la mediación: proponer a las partes posibles acuerdos, que a ellas no se les hubiesen ocurrido sin esa ayuda externa.

No cabe duda de que la intervención del abogado en los procesos de mediación tiene ventajas tanto para el cliente como para el propio abogado. El cliente podrá conseguir un ahorro económico y de tiempo en la resolución del problema y, además, se verá asistido por el abogado (quien le advertirá de que su intervención, aunque aconsejable, no es obligatoria). Por su lado, el abogado tendrá un beneficio económico por su asesoramiento, tanto sobre el conflicto como sobre todo el proceso de mediación y sus implicaciones.

A pesar de lo que puede parecer en un primer momento, la intervención del abogado en una mediación aporta un gran valor no sólo en la fase final de construcción del acuerdo, sino ya desde la primera etapa, al reforzar la actividad del mediador y de las partes en los dos planos fundamentales: la comunicación y el método.

- En materia de *comunicación*:

– *Ayudará* al mediador a neutralizar las emociones de su cliente, explicándole cómo debe actuar. En muchas ocasiones el mediador no conoce a las partes, sobre todo en los primeros contactos que mantiene con ellas. En este sentido es muy útil que el letrado informe al mediador sobre la manera de ser y de actuar de su cliente, ayudando a éste, incluso en el fragor de las intervenciones, para que no se deje arrastrar por una emocionalidad desbordada, como ocurre en múltiples ocasiones.

– *Ayudará* a su cliente a preguntar a la otra parte, de manera que pueda obtener la información que se requiera. Ya ha quedado reflejada la importancia que tiene la utilización correcta de las preguntas para poder obtener la información necesaria y, más aún, para que las partes descubran los inte-

reses que subyacen detrás de las posiciones. Es en la formulación de las mismas donde el abogado, no sólo por sus conocimientos sino por su lejanía respecto al conflicto, puede ser de gran utilidad para el cliente, el mediador y el proceso en sí.

– *Ayudará* a su cliente a que esté atento y ejercite de manera adecuada la escucha activa, lo que está muy relacionado con lo anterior. Para la construcción de un buen acuerdo es necesario que se vayan integrando las diferentes propuestas e informaciones vertidas en el proceso, para lo cual no basta con “oír” al otro, sino que deben integrarse en el proceso los argumentos de ambos.

– *Ayudará* a su cliente a formular expresiones que sirvan, en definitiva, para persuadir a la otra parte. Como hemos visto y como ocurre en negociación, se trata de crear un efecto en el otro, un cambio deliberado, que ha sido planificado previamente.

- En materia de *metodología*:

– *Ayudará* a su cliente y al mediador a que se descubran tanto sus intereses como los de la otra parte. El abogado debe ser un buen conocedor del método de negociación, lo que muchas veces resulta difícil para los clientes.

– *Ayudará* a su cliente a que tenga siempre presente tanto su BATNA como el de la otra parte, llegando en este punto incluso a aconsejarle el abandono de la mediación si una correcta valoración de su BATNA supera la propuesta de acuerdo a la que hayan llegado las partes. No son pocas las ocasiones en las que el fragor del proceso lleva a las partes a que se olviden de su “límite”, de su BATNA, pudiendo llegar a aceptar acuerdos que resulten más perjudiciales que lo que se les ofrece al margen de la mediación.

– *Ayudará* a su cliente y al mediador a generar opciones creativas y posibles para el conflicto. El abogado debe ser el verdadero impulsor de que se pongan encima de las mesa todas las posibles soluciones al problema planteado.

– *Ayudará* a su cliente a cerrar un buen acuerdo y a formalizar el mismo ya desde un punto de vista jurídico. Quizá sea ésta la intervención más técnica que tiene el abogado en el proceso de mediación, puesto que son necesarios sus conocimientos para el buen cierre y articulación del acuerdo.

Hasta aquí podemos extraer una conclusión fundamental, que cabe deducir por el verbo utilizado (“*Ayudará*”): si la mediación es un proceso en el que un tercero (mediador) ayuda a las partes a que logren un acuerdo en un ámbito bilateral, la intervención del abogado en el proceso de mediación refuerza la ayuda que reciben las partes pero desde un ámbito unilateral –de cada una–; sin perjuicio, claro está, de la ayuda que recibe el propio mediador, cuando las partes son asistidas por un profesional del derecho, que no tiene que mediar sino tan sólo asistir a las partes y al proceso en sí.

Por tanto, la intervención del abogado en el proceso de mediación produce ventajas en todas las fases el mismo: en la fase de preparación, en cuanto que las partes ya acuden desbloqueadas e informadas al proceso; en las rondas de mediación propiamente dichas, en cuanto que reciben la ayuda y asesoramiento del abogado; y en la fase de cierre, en cuanto que la construcción del acuerdo dependerá de él, disipándose así las consecuencias negativas de una mala formalización de lo acordado.

Respecto a la intervención del abogado en el proceso de mediación, se ha dicho que es un “*problem solver*” o promotor de soluciones. Pues bien, consideramos que la intervención del letrado va más allá: su labor de promoción no se circunscribe a ofrecer soluciones creativas al conflicto planteado, sino que se proyecta a un momento anterior, al ser un verdadero promotor del proceso mismo; e incluso a un momento posterior, ya que será el guardián de la relación de futuro entre las partes. Es más, entendemos que la intervención del abogado en el proceso de mediación puede suponer la clave para la consecución de un acuerdo eficiente y con menos desgaste para todas las personas involucradas en él.

La labor que hoy en día espera un cliente de su abogado no se ciñe exclusivamente a construir un acuerdo y, en caso de incumplimiento, a preparar la demanda y a seguir todo el proceso que se ventilará ante los Tribunales. El ejercicio profesional del letrado pasa por conocer todos los mecanismos existentes para la resolución de un conflicto, a fin de que, cuando llegue uno a sus manos, sepa cuál de ellos resulta más ventajoso.

No podemos olvidar que la mediación se perfila como un mecanismo de resolución alternativa de conflictos con enormes ventajas, pues implica un avance del proceso de negociación entre las partes, ya que con ella no llega a imponerse a las mismas una solución; ellas siguen siendo libres

para aceptar la propuesta de acuerdo y para retirarse del proceso en cualquier momento. Ahora bien, la aplicación correcta de la mediación implica que se haga de forma metódica y profesional; y la profesionalidad del método se ve enriquecida si el proceso es ayudado con la intervención del abogado, en los términos expuestos.

Para concluir diremos que la mediación en España se encuentra todavía en un nivel muy primario de desarrollo, y que las próximas actuaciones legislativas en esta materia tendrán que tener en cuenta, necesariamente, lo que establezca la futura Directiva.